



LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA NATURAL¹

*Rossana Esther Muga González²
Teresa Isabel Flores Chiscul³*

Resumen:

El presente trabajo de investigación estudia a la familia como institución jurídica natural y analiza si la dinamicidad propia del derecho significa un factor relevante en su protección integral o si sólo se manifiesta como respuesta a las necesidades de cada época. En el desarrollo de nuestro análisis tomaremos en cuenta la noción de familia como instituto jurídico, su regulación por parte del derecho internacional y nacional, así como las políticas públicas imperantes en nuestro país, dirigidas a su protección y los eventuales peligros que los pensamientos post-modernistas significan para la familia y su regulación por parte del Estado.

Palabras clave:

Familia. Dignidad. Estado. Protección. Políticas públicas.

Sumario:

Introducción. I. La Familia como realidad connatural a la persona y a la sociedad. II. El deber estatal de protección a la familia. III. Retos en la protección estatal de los derechos de la familia en el ordenamiento jurídico peruano. V. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que en la agenda política de cualquier Estado, la familia y las relaciones de sus miembros dentro de ella han sido y son un factor importante a considerar al momento de plantear cualquier tipo de programa político. Sin embargo; también es un hecho que la mayoría de las veces, no exista coherencia entre el contenido de las políticas públicas de un Estado con el alto nivel de valoración de la familia o de la persona.

Es por ello que nuestra investigación partirá de rescatar la definición de familia desde un punto de vista natural y antropológico. Posteriormente, delimitaremos el marco legal en el que se desenvuelve la protección de la familia, tanto en el derecho internacional, en el derecho comparado y en la normativa nacional. Y por último, en el tercer capítulo analizaremos si las políticas públicas aplicadas en nuestro país respecto a la familia responden o no a la noción de familia que contiene nuestro ordenamiento jurídico.

¹ Artículo desarrollado por la Bachiller Teresa Isabel Flores Chiscul, en base a la Investigación de Tesis para sustentar Título de Abogada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, en la que la docente consignada ha colaborado en su elaboración, de acuerdo a sus funciones como Asesora de Tesis.

² Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo – Perú). Docente del Curso de Derecho Natural y Bioética de la Facultad de Derecho de dicha Casa superior de estudios. Coordinadora de la Clínica Jurídica en Bioderecho de la misma Universidad. Fellow del Programa Blackstone Legal Fellowship y Abogada Aliada de Alliance Defending Freedom (USA). Correo electrónico de contacto: rossanamuga@gmail.com

³ Bachiller de la Facultad de Derecho. Pasante Internacional para el Programa Blackstone Legal Fellowship (Alliance Defending Freedom - USA).

I. LA FAMILIA COMO REALIDAD CONNATURAL A LA PERSONA Y A LA SOCIEDAD

1.1. La Familia como Institución Natural

Para la conciencia generalizada de la sociedad, la familia es considerada como una institución natural y a su vez, el núcleo de toda sociedad, pues ella es el lugar idóneo en que el ser humano es llamado a la existencia y dentro de la cual puede desarrollarse integralmente.

En ese sentido, Aristóteles la definió como "*la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas*"⁴; reafirmando con ello que la familia es un elemento estructurador natural de la sociedad, siempre presente en ella y que la configura como tal, y que en consecuencia, está formada por una comunión de personas cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades de sus miembros. Estas necesidades no son sólo de índole material, sino que tienen una índole de mayor trascendencia en la formación de la persona, pues la familia cubre de manera más satisfactoria las necesidades de afecto, alegría, expansión de la creatividad, aprendizaje de valores, entre otras.

Para desarrollar la definición aristotélica, D'AGOSTINO nos explica que la familia es una comunidad de amor y de solidaridad, que no encuentra su fundamento último ni en la ley que le otorga la reglamentación, ni en la utilidad que pueden extraer de ellas sus componentes, sino en la capacidad de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida, considerando que este amor familiar no es distinto, en su estructura del amor, sino que amar es adherirse a la realidad; reconocerla como buena; transcender y vencer las tentaciones y las insidias del solipsismo⁵.

Resaltando el origen natural de esta institución, RODRÍGUEZ señala que la familia es una sociedad natural originada en una unión marital preexistente al Estado o cualquier otra comunidad, y que por sí misma ostenta derechos propios, pues se configura como una comunidad de amor y de solidaridad que resulta insustituible para la transmisión y enseñanza de los valores esenciales que importan el desarrollo y bienestar de sus miembros, y para el bien de la sociedad⁶.

De las concepciones anteriores, se puede colegir que es en la familia donde el ser humano es considerado propiamente como persona, reconociéndosele como poseedor de todos los dones que le han sido atribuidos de acuerdo a su naturaleza. La familia es el lugar propicio para desarrollar las relaciones afectivas primarias y fundamentales que regirán toda la existencia de la persona humana, pues se trata de la comunidad de amor y solidaridad primaria y fundamental que luego dará origen a una comunidad mayor, conocida como sociedad.

1.2. La Familia como principio antropológico: *Homo Familiaris*

⁴ Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p. 23.

⁵ Cfr. D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, traducido por Joan Carreras, Madrid, Rialp, 2006. pp.25 - 29. En el mismo sentido, JIMENEZ GODOY, Ana Belén. *Modelos y Realidades de la Familia Actual*, Madrid, Editorial Fundamentos, 2005, p. 78.

⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia, Matrimonio y Familia: Un Estudio Interdisciplinario*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 27

Al expresar que la familia es una institución natural se ha resaltado que el ser humano por naturaleza necesita de la familia para comportarse como realmente tal y aprender de ella, todo lo necesario para su desarrollo personal y social. En ese sentido, es en la familia en que se “humaniza” a la persona o en otras palabras, es en el seno de esta institución en que se le enseña a la persona a comportarse y valorarse como tal, respetando su dignidad intrínseca, educando en la libertad y las virtudes y fomentando la solidaridad en sus relaciones al interior de ella⁷.

Corolario de lo anterior, es que en la medida que el núcleo familiar proyecte un ejemplo contradictorio con los bienes que merece la persona en cuanto tal, sus miembros reflejarán esas mismas contradicciones en su actuar dentro de la sociedad y al momento de formar sus propias familias. Es decir, todas aquellas vivencias al interior de la estructura familiar calan hondamente en la formación personal de cada integrante; de tal manera que, cada uno de sus miembros aprende a “ser persona” de acuerdo al modo en que se le enseñó a ser tal en esta comunidad primigenia que es la familia.

En la familia, como comunidad primaria, se evidencia el adecuado tratamiento al ser humano, en cuanto digno y no en cuanto, parte de una colectividad. Así, cada miembro es reconocido en tanto su valor intrínseco y es querido como un bien en sí mismo, formando una especie de comunidad de pertenencia, puesto que, a cada miembro se le trata como merece su condición de ser humano por formar parte de una comunidad humana⁸.

Debido a la innegable importancia de la familia para la persona, autores como PEREZ han afirmado que el hombre es un *Homo Familiaris*. Así, da por sentado que:

“La persona humana es, antes que un ser-social, un ser-familiar. Esto quiere decir que la vida social emerge en la vida de la persona como una dimensión constitutiva de ella gracias a su estructura y consistencia “familiar”. Es cierto que la familia es una modalidad de realización de lo social. Pero “lo social” primariamente se vive, se comprende y se expande en el interior de la experiencia humana gracias a la constitución “familiar” de la persona.”⁹

En suma, la vida social es propiamente “social” por ser familiar, y no a la inversa. Por ello, GUERRA afirma que, “*La familia, a diferencia de muchas otras formas de vida social, es inevitable. Los seres humanos desde nuestro origen, somos y actuamos en-relación, es decir, de modo intersubjetivo*”¹⁰.

En esa línea de pensamiento, es posible afirmar que la estructura familiar es no sólo formadora, sino constitutiva del ser del hombre, y si ésta es de alguna forma alterada o tergiversada en sus cimientos, se generaría un serio obstáculo para el desarrollo de la identidad personal; y con ello, el aspecto relacional de hombre se vería alterado.

⁷ Cfr. ORTEGA, Félix citado por RAMOS REQUEJO, Ramón. “La Familia como agente de socialización política”. *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, N° 09, 1990, p.6. [ubicado el 15.IV.204]. Obtenido en http://www.aufop.com/aufop/uploaded_files/articulos/1227734105.pdf.

⁸ Cfr. MORANDÉ COURT, Pedro. *Familia y Sociedad: reflexiones sociológicas*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1999, p. 40

⁹ Cfr. PERIS CANCIO, J.A. *Diez temas sobre los derechos de familia. La familia, garantía de la dignidad humana*, Primera Edición, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, p.10.

¹⁰ GUERRA LÓPEZ, Rodrigo. *La familia en América Latina y el cambio epocal contemporáneo*, 2011, p.15. [ubicado 26.I 2012]. Obtenido en <http://centrodelafamilia.uc.cl/Descargar-documento/1102-La-familia-en-AL-y-el-cambio-epocal.html>.

1.3. La familia como realidad social

La familia no puede reducirse a la sociedad; sin embargo, la sociedad si encuentra su principal fundamento en las familias que la conforman. Así, lo importante de denominar a la familia como una realidad social es resaltar su aspecto relacional; es decir, el modo en que ésta institución se desenvuelve en la sociedad.

El reconocimiento de la familia como célula básica de la sociedad, “*debe superar el sentido simplemente biológico de la expresión*”¹¹. Así, debemos considerar, entonces, que la familia es una institución que aporta a la sociedad no sólo ciudadanos en cuanto componente numérico de la población, sino que es ella la cuna de los valores fundamentales que luego se vivirán en la sociedad y de otro lado, es también el principal ente receptor de todos los movimientos ocurridos dentro de la sociedad. En ese sentido, si bien la familia aporta los valores o vicios que se vivirán en la sociedad, es también ella la principal beneficiada o afectada de todo aquello que se vive dentro de la sociedad.

Con lo anterior, se rebate aquel argumento que considera a la familia como un componente más de la sociedad, pues de ser así no existiría esta relación de correspondencia e interdependencia entre ambas y en la que, la variable con mayor peso es siempre la familia, pues es ella de la que depende en mayor medida lo que ocurra en la sociedad y la única que, con la cooperación de sus miembros, puede contrarrestar las consecuencias de los problemas que ocurran en aquella.

Por tanto, al reconocer que la familia es una realidad presente y necesaria en toda sociedad; ésta en su forma organizada (a nivel de Estado) debe procurar proteger y garantizar la consecución de sus fines y el bienestar de sus miembros en pro del bien común.

La familia es también la célula de la sociedad en el aspecto cultural. Se puede señalar como una ley sociológica que los pueblos con un índice regresivo de nacimiento, si éste es inferior al índice de matrimonios, tienen una cultura decadente. El fundamento profundo está en que uno de los impulsos más importantes para mantener elevados aquellos valores que determinan la altura de las culturas, es decir, los valores morales y espirituales como fuerzas configuradoras de la vida, desaparece con la decadencia de la familia¹².

1.4. La juridicidad propia de la familia

La familia, al ser una realidad connatural al hombre; tiene un estatuto jurídico propio, pues es un bien que le corresponde al hombre de acuerdo a su dignidad. Así, la familia es un bien de acuerdo a Derecho Natural¹³.

Una comprensión del fenómeno jurídico familiar como algo natural e inherente a la condición personal del ser humano mantiene que la familia tiene una juridicidad intrínseca, pues las relaciones

¹¹ HOFFNER, Joseph. *Matrimonio y familia*, 2º edición, Madrid, Editorial Rialp, 1966, p. 52

¹² J. MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, p. 620

¹³ BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Edición, estudio preliminar y notas de Francisco Serra traducido por Felipe Gonzáles Vicén, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 347

entre sus miembros son relaciones de justicia¹⁴. Los derechos de los miembros de la familia son derechos que mutuamente se deben respetar desde el modelo de la comunidad familiar.

En ese sentido, D'AGOSTINO sustenta la juridicidad propia de la familia en la conyugalidad¹⁵, como principio intrínseco al matrimonio. Bajo el mismo argumento, VILADRICH señala que, “*su carácter jurídico no procede de una intervención extrínseco del Estado o la sociedad dirigida a concedérselo, sino de un principio intrínseco ligado al compromiso de los cónyuges*”¹⁶. Así, es entendida como:

“(…) una juridicidad que no tolera colonizaciones y que exige ser defendida vigorosamente; una juridicidad que está en condiciones de salvar la propia afectividad familiar, sustrayéndola a la mera facticidad y a la arbitrariedad de los sentimientos. Una juridicidad, sin embargo, que corre el riesgo de desaparecer, y ser sustituida –colonizada– por una regulación extrínseca, ajena a los principios y exigencias propios de la familia, en caso de triunfar los planteamientos más radicalmente justificadores de la familia, a través de la lógica de la absolutización de la afectividad.”¹⁷

Por ello, el Estado, en la figura del legislador, debe saber respetar y promover la juridicidad inherente a lo familiar, sin adular su propia lógica. No puede jugar de aprendiz de brujo inventando y favoreciendo nuevos modelos de familia o de matrimonio¹⁸.

No cabe duda entonces, que la familia es una institución que nace naturalmente por la sociabilidad del hombre, y que con el pasar de las generaciones ha ido evolucionando tanto en su funcionamiento como en su estructura, dando lugar a diferentes estructuras familiares, que hoy en día han dado pie para hablar de tipos de familia. De ahí que, la tarea más destacada del Estado es la de posibilitar a las familias que constituyen la comunidad estatal el cumplimiento de las tareas que le son propias por naturaleza¹⁹.

1.5. Funciones de la familia

La función de la familia es triple²⁰: proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana; la incorporación de los hijos a una comunidad mayor (sociedad); el ser la célula de la sociedad. El rango de la familia, por tanto, está por encima de cualquier otra formación social, incluido el Estado. Pues los fines existenciales y las funciones y responsabilidades fundadas en ella determinan la posición de una comunidad dentro del pluralismo social y jurídico. De aquí que la familia posea derechos naturales con preeminencia al Estado, a cuyo reconocimiento está obligado éste.

¹⁴ BALLESTEROS citado por PERIS CANCIO, J.A. Op. Cit. pp. 106-107, agrega: “(…) Reinventándose la familia como algo meramente afectivo y privado, se intenta hacer un modelo familiar al gusto de los individuos y sus expectativas subjetivas. Haciendo paréntesis de la lógica del don, se intenta coherentizar la familia desde la lógica del deseo, y el resultado es disolvente” Loc. Cit.

¹⁵ D'AGOSTINO, Francesco. Op. Cit. p. 262.

¹⁶ VILADRICH, Pedro Juan, *La Familia. Documento 40 ONGs*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, 1^o Edición, Madrid, Editorial Rialp, 1998, p. 36.

¹⁷ D'AGOSTINO, Francesco. Op. Cit. p. 55

¹⁸ Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Rialp, 1996, p. 110.

¹⁹ Cfr. CONEN Cristián y S. DE GRIMAUX, María del Carmen. *La familia ante el siglo XXI: estudio interdisciplinario de la realidad argentina*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias para la Familia Universidad Austral, 2000, p. 67.

²⁰ Cfr. EUGENIO CACERES, Santiago. *La familia, clave del desarrollo*, Editora María Isabel Armendáriz, 2007, p. 38.

De lo descrito, las funciones de la familia a su vez pueden disgregarse en: la función de *satisfacer las necesidades de sus miembros* (afecto, comunicación, supervivencia, atención, socialización, seguridad económica, etc) y la de *protegerlos*, pues no solamente es una escuela de abnegación y de mutua ayuda; sino que la familia es la que asegura la protección del individuo²¹, y el desarrollo de la humanidad, es decir, no solo de los miembros que la conforman, sino de la comunidad entera.

Asimismo, MONTOYA señala que como una de las funciones propias de la familia aunque no exclusiva es “la función reguladora de las relaciones sexuales”, con lo cual explica que a través de la historia, las culturas han establecido al matrimonio como el fundamento de la familia, siendo éste el lugar propicio para el inicio y desarrollo de las relaciones intersexuales de la pareja²².

En la misma línea, ARMENDARIZ aprecia que la familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de *servicio a la vida*, reconociendo que de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma. Así, la familia, en virtud de su naturaleza y vocación, lejos de encerrarse en sí misma se abre a las demás familias y a la sociedad, asumiendo su función social²³.

Al respecto BAUTISTA señala a la familia como una institución social, por considerar en ella un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco²⁴. Esta función está íntimamente relacionada con la función de transmitir la cultura, de la cual habla MAZZINGHI, diciendo que este es un aspecto de la educación que también resulta irrenunciable para la familia²⁵. Pues, los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos aunque la proclamación de este derecho no excluya la acción del Estado en orden de asegurar la instrucción pública. Esta acción tiene carácter subsidiario, en tanto que no debe tender a sustituir la acción de los padres, sino a complementarla.

1.6. Definición de familia

Para intentar esbozar una definición de una realidad tan profunda como la que estamos estudiando ha sido preciso, primero describir su naturaleza y sus funciones para que pueda notarse más claramente, la importancia de tener un concepto claro de aquella realidad que puede denominarse como familia. Sensus contrario, a través de lo ya estudiado y de la definición posterior, podremos también identificar qué clase de grupos por más parecidos que sean, no podrán ser denominados como familia y por tanto, tener sus mismos derechos y protección en las relaciones entre sus miembros.

El primer rasgo para identificar a un grupo como familia, ha sido la característica de consanguinidad, filiación y alianza conyugal que ha permitido a sus miembros formar, la realidad

²¹ Cfr. PARRA BENITEZ, Jorge. Manual de derecho Civil: Persona, Familia y Derecho de menores, Editorial Temis S.A, Bogotá, 2002, p. 177

²² Cfr. MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. *Matrimonio y separación de hecho*, Lima, Editorial San Marcos, 2006, p. 59.

²³ EUGENIO CACERES, Santiago. Op. Cit. p. 43.

²⁴ BAUTISTA TOMÁ, Pedro. *Guía Teórica Práctica: Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 165.

²⁵ Cfr. MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia: El matrimonio como acto jurídico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1995, p. 48.

conocida como hogar²⁶. Sin embargo, como bien es sabido algunos de los miembros integrantes de la familia pueden o no mantener lazos consanguíneos entre ellos; lo que lleva a acotar un hecho trascendente: la familia se ve integrada por miembros que viven y son considerados como parte del grupo familiar, llegando incluso a establecerse relaciones de parentescos mucho más complejas²⁷.

Definir a la familia en la actualidad puede ser mucho más difícil que en otras épocas, debido a los ataques ideológicos que esta institución ha sufrido debido a sus fundamentos en el matrimonio, institución que también ha ido perdiendo su valoración y contenido en las vivencias sociales.

Sin embargo, atendiendo a las características y funciones mencionadas en las páginas precedentes, podemos afirmar que: La familia, en sí misma, es un entramado de relaciones en la que los fundadores de esta institución son los cónyuges que mediante el matrimonio se han comprometido su voluntad a permanecer juntos y abiertos a la vida, para así acoger a los futuros miembros nacidos de esta unión²⁸.

II. EL DEBER ESTATAL DE PROTECCION A LA FAMILIA

2.1. La visión del Estado Peruano sobre la familia

La salvaguarda del interés superior de la familia importa la atención de cada uno de sus elementos, “no podemos enfrentar los intereses de cada uno: del niño, la niña, el adolescente, el joven, el de tercera edad, la mujer como si fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo”²⁹. El interés familiar no defiende un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de los componentes de la familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad.³⁰

Nuestro país, a diferencia de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela - países en los que sí existe unidad normativa- cuenta con una legislación dispersa. En el texto de nuestra Constitución Política encontramos diversos artículos que reconocen la protección de la familia, promueven el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad³¹, se reconocen ciertos deberes y derechos propios de sus miembros, como el de la obligatoriedad de los padres de educar a sus hijos³², etc. En adición, se busca el bienestar de la familia al reconocer derechos laborales especiales según sea el caso³³.

²⁶ Cfr. MORANDÉ COURT, Pedro. Op.Cit. p. 40.

²⁷ Cfr. CÁRDENAS TÁMARA, Felipe. Op. Cit. p. 136.

²⁸ BERNAL Aurora, *La familia como ámbito educativo*, Madrid, Rialp, 2009, p. 132.

²⁹ Cfr. DE LAS FUENTES LINARES, José Cándido Francisco Javier. “La Protección Constitucional de la Familia en América Latina”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. VI N° 29, México, Enero-Junio 2012, p. 60-76.

³⁰ Cfr. P. GROSMAN, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”, en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires Editorial Universidad, 1988, p.41.

³¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

³² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 13: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.”

³³ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 24: “El derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”

Con lo expresado ad supra y con una interpretación sesgada podría colegirse que al no existir una definición determinada de la familia en la Constitución Peruana, estarían protegidas bajo ese concepto distintos tipos de familia cuya determinación quedaría a criterio del legislador. En ese sentido, PLACIDO afirma:

“La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social, pues esto realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del derecho, como concepto real (todo límite entre lo correcto e incorrecto, entre lo justo e injusto, lo debido e indebido, lo mío y lo tuyo)”³⁴.

Por ello, cualquier tipo de familia no debe ser objeto de protección estatal, sino que el derecho se ocupa - y se preocupa - de un tipo específico con características determinadas.

La familia que el Estado Peruano, según el Artículo 4° de nuestra Constitución, se obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos determinados, un modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso basta la protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 2.12 y 2.13, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad de la intimidad personal y del domicilio que garantizan los artículos 2.7 y 2.9, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el artículo 2.24.a.

En principio, los padres con sus hijos constituyen la familia ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones comparadas contemplan, como la incapacidad) por la *familia ampliada*, que prolonga el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales³⁵. En cualquier caso, las salidas planteadas por nuestro ordenamiento siempre van dirigidas a la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella por razón de la filiación que deriva de la generación³⁶.

Además de la característica generativa señalada, existen otros elementos naturales de la familia en virtud de las cuales ésta no puede equipararse con otra realidad social que intente asimilársele, y en virtud de las cuales le corresponde al Estado velar por su protección.

“Además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la Constitución concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento de la situación material y moral de la familia, así como impide

³⁴ PLACIDO V. Alex F. *Manual de Derecho de Familia: Un Nuevo Enfoque de estudio de Derecho de Familia*, 2da Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p.70

³⁵ Cuando los progenitores no pueden asumir plenamente el ejercicio de los deberes-derechos emergentes de la Patria Potestad, los sistemas jurídicos organizan mecanismos de protección de los hijos, así como los resguardos necesarios para restablecer ese ejercicio a sus titulares, una vez superadas las causas que les impidieron asumirlo.

³⁶ Al respecto señala PLACIDO: “Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella, o si la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, lo que será de particular aplicación a los menores (sería el caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona”. PLACIDO, Alex. Op. Cit. p. 78

a los poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles, y aun contrarias a ella y a sus funciones esenciales³⁷.

En base a lo anterior, según el Artículo 4° de nuestra Norma Fundamental, el primer deber constitucional para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia según el modelo adoptado por nuestra Constitución. Evitando, por tanto, su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico acorde a su naturaleza y en ese sentido, más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarias al modelo familiar constitucional. La redacción del Artículo 4° se justifica además sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio³⁸.

2.3.1. Principio de Protección de la familia, Promoción del Matrimonio y Régimen legal de Filiación (principio de igualdad de los hijos frente a sus padres)

La familia es una institución básica para el desarrollo de políticas de Estado en materia de protección integral de la minoridad y su destrucción es letal para cualquier intento de construir una sociedad fuerte y organizada sustentada en valores permanente³⁹.

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que al igual que con la persona humana en sentido individual, se ha protegido al nivel de derecho humano en los documentos internacionales tal y como lo analizamos ad supra en el acápite 2.1 del presente artículo.

Se entiende entonces, que el matrimonio es la unión legal del hombre con la mujer para constituir, en el domicilio conyugal, una familia legítima en indisoluble comunidad de vida, para su recíproca asistencia física y espiritual, y para la crianza y educación de la prole.⁴⁰

Los derechos y deberes conyugales se encuentran legislados en el Código Civil, el que, según la pirámide Kelseniana, se haya ubicado inmediatamente después de la Constitución. Recordemos que la regulación que efectúa la legislación civil solo se justifica en razón del deber de pública protección de la familia que la Constitución ha reconocido recae sobre los poderes públicos⁴¹.

³⁷ Ibidem, p. 82

³⁸ En el mismo sentido, Luis Sánchez Agesta, citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA. *"Elementos de derecho civil"*. Vol. IV. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 27; ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*. Madrid: Ed. del Foro, 1978, p. 311; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II. Madrid: EDESA, 1982, p. 22.

³⁹ Cfr. LANDO, Juan Carlos. *"La Institución del Matrimonio"*, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 60, Mayo 2010, p. 5

⁴⁰ Cfr. CRUZADO BALCAZAR, Alejandro. *"Desnaturalización oficial de la institución matrimonial"*, *VLex Internacional*, N° 5, enero 2010, p. 25.

⁴¹ PLACIDO, Alex, Op. Cit., p. 83. En este sentido, el autor agrega que: "Otras medidas de protección de la familia pueden tener y tienen carácter fiscal o toman la forma de prestaciones y ayudas de diversa índole, aunque con frecuencia integradas en actuaciones de asistencia social que toman en especial consideración —o deben hacerlo— la realidad familiar. No obstante debe advertirse, desde luego, sobre la conveniencia de diferenciar lo que sea asistencia social y lo que sea apoyo y protección a la familia, para que cuando sea necesario integrar una y otra línea de actuación, se haga adecuadamente y no se produzca el efecto —nada hipotético— de que medidas de tipo social puedan desproteger, marginar o perjudicar a la familia".

El fin más peculiar del matrimonio, el bien que más propiamente se consigue con él son los hijos en cuanto fruto de la íntima y plena solidaridad de la unión de los cónyuges. Esta solidaridad resulta indispensable para la procreación y la educación de los hijos. Nuestro ordenamiento jurídico entiende que los hijos constituyen una responsabilidad común del varón y de la mujer que los han engendrado y que, por ello, deben ser sus educadores en la medida en que esto les sea posible.

“La responsabilidad primordialmente genética y subsiguientemente educativa, atañe, de una mera natural y solidaria a los progenitores. Es, de un modo objetivo, una responsabilidad solidaria, ni más ni menos que por la misma razón en virtud de la cual son los hijos, de una manera natural, un bien común de sus padres”⁴².

En el régimen de filiación del Código Civil de 1984 se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí.

Bajo este razonamiento, en el sistema constitucional vigente, la familia que se protege es una sola sin importar si tiene origen matrimonial o extramatrimonial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional establece que “*sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad*”⁴³. Añade que “no podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales”. Bajo el criterio del Tribunal el instituto familiar trasciende al del matrimonio, con lo cual puede darse la situación de que extinguido el matrimonio, persista la familia.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ella. Se está, pues, ante la desinstitucionalización del matrimonio, pues éste no es la única fuente de la que se genera una familia. Por tanto, el modelo constitucional admite otras fuentes de las que se derivan otros tipos de familia⁴⁴.

Tal y como se ha descrito, es perceptible el esfuerzo hecho porque la palabra “matrimonio” se configure como un término polisémico, con el único afán de incluir bajo su espectro a realidades distintas a su significación más propia. Como afirmamos con anterioridad, la protección jurídica de la familia que ordena el Artículo 4° comienza con la debida promoción jurídica del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional, favoreciendo con ella lo más posible una estabilidad jurídica del vínculo que refleje lo imperecedero e indeleble del nexo biológico que subsiste entre las personas por razón de la generación.

Sin embargo, además de la presencia de hijos extramatrimoniales que requieren atención del Estado y que conlleva a una colisión con la protección al principio de promoción del matrimonio, debe advertirse otro conflicto constitucional que enfrenta el legislador: la ponderación entre el

⁴² MILLAN PUELLES, Antonio. *Léxico Filosófico*, Segunda Edición, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 2002, p. 295.

⁴³ STC 06572-2006-PA del 06 de noviembre de 2007 {Expediente número 06572-2006-PA/TC} [Ubicado el VI del 2014]. El texto completo puede ubicarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

⁴⁴ Cfr. PLACIDO, Alex. Op. Cit. p. 89

mencionado principio de promoción del matrimonio y el derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona como principal justificación del divorcio.⁴⁵

Es preciso mencionar la reciente Ley N° 29227⁴⁶, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, entre los requisitos que deben cumplir los cónyuges la ley describe las siguientes:

- a. No tener hijos menores de edad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872⁴⁷ y su Reglamento, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia, y de visitas de los hijos menores de edad.
- b. No tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos contar con sentencia judicial firme acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad. Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador.
- c. Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o contar con Escritura Pública de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos. La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad, último domicilio conyugal, domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la firma y huella digital de cada uno de ellos. El contenido de la solicitud deberá expresar de manera indubitable la decisión de separarse.

Sin duda esta ley demuestra que el sistema de divorcio en el Perú ha caminado hacia la simplificación hasta llegar a la desjudicialización del trámite, olvidando al parecer que el proceso de divorcio es de vital importancia pues está en juego la modificación del estado de la familia de los que dejarán ser cónyuges y de sus hijos.

Al parecer, si bien nuestra legislación promueve el matrimonio, con el afán de no ser ajena al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se producen, considera como punto de partida necesario y urgente la protección a todas las familias, aun cuando las mismas no tengan como base el matrimonio, queda la pregunta si tal situación será eventualmente positiva o no para la convivencia y el desarrollo social.

⁴⁵ Nuestro Tribunal Constitucional reconoce tal contradicción al afirmar:“(…) en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del Art. 337 del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada (...) Que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Art. 337 del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados (...) tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la consecución del matrimonio.” STC 018-96-I del 29 de abril de 1997 {Expediente número 018-96-I/TC}. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00018-1996-AI.html>

⁴⁶ Ley N° 29227 Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías. [ubicado en 20.III.2014] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/Normas/textos/160508T.pdf>.

⁴⁷ Ley N° 26872, Ley de Conciliación [ubicado en 20.III 2014] Obtenido en http://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/normatividad/27_lev_26872.pdf.

2.3.2 Principio del reconocimiento legal de las uniones de hecho

Otra muestra de lo plantado hasta el momento, es la regulación jurídica de las uniones de hecho que ha tenido lugar en nuestro país, primero con la Ley 28542⁴⁸ y con la más reciente Ley N° 30007⁴⁹ del 17 de abril del año dos mil trece que modifica los artículos 326⁵⁰, 724⁵¹, 816⁵² y 2030⁵³ del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425⁵⁴ y el artículo 831⁵⁵ del Código Procesal Civil, los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662⁵⁶, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

⁴⁸ La Ley 28542, Ley de fortalecimiento de la Familia, se dio con el fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia, con especial atención en situación de riesgo y de extrema pobreza. En ella se determinan quince líneas de acción a seguir por el Estado y demás entes públicos para alcanzar los objetivos fijados por la ley. En la décima línea de acción se prevé promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio. Es lo que le corresponde al Estado, la protección de la familia fundada en el matrimonio, porque crea un vínculo jurídico, una unión estable comprometida, porque supone una estabilidad institucional, una familia educadora que debe proteger e invertir en esfuerzos personales y económicos en los hijos, en beneficio de la sociedad. Si bien la unión de hecho está reconocida constitucionalmente, lo que da lugar es a un hogar de hecho, el legislador no ha utilizado el término familia. Se habla de *affectio*, como causa primera de la unión concubinaría.

⁴⁹ Véase CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU: *Ley que modifica los artículos 326°, 724°, 816° y 2030° del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil, los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho*. 2014 [Ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>

⁵⁰ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/30007.pdf>.

Según esta norma, el artículo 326 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido: “Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”

⁵¹ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Según esta norma, el Artículo 724 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido: “Artículo 724.- Herederos forzosos Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.”

⁵² Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Según esta norma, el Artículo 816 del Código Civil queda modificado en el siguiente sentido “Artículo 816. Órdenes sucesorios: Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.”

⁵³ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma incorpora el inciso 10 al artículo 2030 del Código Civil y queda modificado de la siguiente manera: “Artículo 2030.- Actos y resoluciones registrables, Se inscriben en este registro: (...) 10.- Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.”

⁵⁴ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma modifica el inciso 4 del artículo 425 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, conforme al siguiente texto: “Artículo 425.- Anexos de la demanda: A la demanda debe acompañarse: (...) 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge o, en su caso, de integrante sobreviviente de la unión de hecho, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso; (...)”

⁵⁵ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma incorpora un párrafo final en el artículo 831 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, conforme al siguiente texto: Artículo 831. Admisibilidad (...) De ser el caso, se acompaña a la solicitud la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal.”

⁵⁶ Cfr. Ley N° 30007 que Reconoce Derechos Sucesorios a Uniones de Hecho, Ibid. Esta norma modifica los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, conforme al

El reconocimiento de la unión de hecho en la Constitución de 1979 fue resultado del elevado número de personas que practicaban el concubinato y fue a partir de la sentencia recaída en la STC 03605-2005-AA, que el Tribunal reconoce a las uniones de hecho como una forma de familia que trae consecuencias distintas a las del matrimonio⁵⁷. Las uniones de hecho a las que se refiere el Tribunal, son aquellas que cumplen con los requisitos establecidos en la Constitución de 1993 y en el Código Civil de 1984: i) Unión heterosexual, ii) Unión estable, con un mínimo de dos años de duración, iii) Unión voluntaria, iv) Pareja libre de impedimento matrimonial y v) Unión con finalidades semejantes a las del matrimonio⁵⁸.

Con la nueva Ley, básicamente se ha reconocido la vocación hereditaria del “integrante sobreviviente” de la unión de hecho. Tratándose en este caso de la unión de hecho acorde con los requisitos establecidos en el Artículo 326° del Código Civil, pues voluntariamente deben haber unido sus vidas un varón y una mujer, que deben encontrarse libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, unión que debe haber durado dos años continuos.

Al respecto no debe olvidarse que el matrimonio y la unión de hecho o concubinato, son dos realidades distintas, son desiguales y requieren asimismo un tratamiento desigual, y no por el mero deseo del legislador, o de los mismos concubinos, se puede convertir en derecho. La unión de hecho supone una voluntad antimatrimonial, donde la libre ruptura es la característica esencial de la unión libre, es lo que une a los convivientes⁵⁹.

Toda unión de hecho parte de un presupuesto esencial: una pareja no desea someter su relación de convivencia estable al régimen preceptuado por el ordenamiento jurídico. Si pudiendo haber contraído matrimonio optaron por desarrollar su vida en común fuera de dicha institución, es porque su voluntad fue precisamente dotar a su relación de un marco distinto. Sin embargo, más allá de dicha voluntad, lo cierto es que, como ocurre en cualquier relación, se presentan retos que el Derecho, como ciencia, debería resolver, siempre dentro de un marco de respeto hacia ese carácter voluntario de la unión, bajo un criterio de mínimos. En este mismo sentido, señala LACRUZ que la

siguiente texto: “Artículo 35°.- Solicitud.- La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá: 1. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley; 2. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario, y; Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor. Artículo 38°.- Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante. Artículo 39°.- Requisitos.- La solicitud debe incluir: (...) 4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme; (...)”

⁵⁷ STC 03605-2005-AA del 08 de marzo de 2007 [Expediente número 03605-2005-AA/TC]. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.html>.

⁵⁸ Las características señaladas se pueden rescatar del contenido de la STC 06572-2006-AA del 06 de noviembre de 2007 [Expediente número 06572-2006-PA/TC]. El texto completo de la sentencia puede encontrarse en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>.

⁵⁹ DE LA FUENTE Y HONTAÑO, Rosario. *Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿Similitud o equiparación de los derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?* [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en <http://udep.edu.pe/cmsfiles/cont/5367/cont/files/Rosario%20de%20la%20Fuente.pdf>

Ley debería únicamente abordar “aspectos puntuales, aquello que sea estrictamente necesario para atender a los problemas que puedan plantearse en los casos de ruptura conflictiva de pareja”⁶⁰

2.3.3. El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad.

Detrás de la valoración circunstancial de cuál es “el interés del niño” subyace como criterio general aquello que es beneficioso para la infancia⁶¹. Cuando se defiende el interés del niño ello implica la protección y defensa de un interés privado, pero, al mismo tiempo, el amparo de un interés social⁶². Estos derechos exceden la familia en cuanto corresponden al niño carente de ésta.

La convención sobre los Derechos del Niño introdujo el principio de consideración primordial del interés superior del niño⁶³ al disponer:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*⁶⁴,

Como podemos apreciar, lo establece como principio general del derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto.

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política reconoce una protección especial al niño y al adolescente⁶⁵, además de ello, establece en el Artículo 6⁶⁶, como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO citado por Begoña Cuenca, Alcaine. “El marco jurídico de las Uniones de Hecho en España”, Octubre, 2010 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201010-3579518234528614.html>

⁶¹ En el mismo sentido AGUILAR CAVALLLO afirma: “El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. “El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Año 6, N° 1, 2008, p. 228

⁶² P. GROSMAÑ, Cecilia. Op.Cit. p. 40

⁶³ En ese sentido agrega MENDEZ COSTA: “La fórmula no es empleada en otros documentos internacionales, pero si lo están los derechos del niño que, obviamente, suponen su interés y que comienzan a tenerse en mira desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (Art. VIII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, párr. 2), con recepción en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, con más detalle, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Art. 10, párr. 3; 12, párr. 2. a y 13)”. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, 1era Edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 314.

⁶⁴ Véase THE UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND: *Convención sobre los derechos del niño*, 2014 [ubicado el 10.III 2014]. Obtenido en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html.

⁶⁵ Constitución Política del Perú, Artículo 4

⁶⁶ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes precisa en su Artículo IX:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos.”⁶⁷

De igual forma, nuestro país desde el año 1990 se encuentra obligado internacionalmente con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Podemos concluir entonces que la protección del interés superior del niño se erige en responsabilidad primordial del Estado al momento de diseñar las leyes tendientes a la protección de los niños y adolescentes⁶⁸, siendo así, estamos de acuerdo en que no puede pensarse en el interés del niño a ser alimentado, educado o cuidado en su salud si no se promueven servicios o políticas que faciliten recursos para que la familia pueda satisfacer tales requerimientos. *“No es posible diseñar una política que mejore la calidad de vida de la niñez sin confrontarla con los problemas de la pobreza o inseguridad que sufren los padres que los tienen bajo su cuidado”⁶⁹*. Resulta difícil separar los derechos del niño de los derechos de los adultos encargados de cuidarlos y acogerlos.

3. RETOS PARA LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

3.1 Crisis y cambios en el desarrollo de la persona y familia en el ordenamiento jurídico peruano.

Tal como lo hemos expuesto, la persona es el principal objeto de protección estatal y por ser la familia su primer entorno vital, el Estado por extensión debe procurar su desarrollo y promoción. Sin embargo, las políticas públicas aplicadas por nuestro ordenamiento jurídico se encuentran teñidas de un tinte individualista que, si bien busca el verdadero bienestar de la familia, parece desviarse por el amparo de intereses o pretensiones sociales surgidos en un contexto social e histórico determinados.

Como bien sabemos, las políticas públicas son resultado del momento histórico que vive cada sociedad y los procesos derivados de su entorno sociocultural, político, ambiental y económico;

⁶⁷ Código de los Niños y Adolescentes, Artículo IX: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

⁶⁸ El artículo 55 de la Constitución nacional señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. Además, en las disposiciones finales y transitorias se resalta que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Constitución Política del Perú de 1993.

⁶⁹ P. GROSMAN, Cecilia. Op. Cit. p. 44

como también, de los cambios y transformaciones que éstas generan⁷⁰. Sin embargo, la misión del Estado es coordinar subsidiariamente –no reemplazar- la actividad libre de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad.

Es en mérito al principio de subsidiariedad que la sociedad está al servicio del ciudadano y su tarea principal es el logro del bien común, principalmente la de asegurar el desarrollo del individuo y el respeto de su dignidad.⁷¹ Es necesario que, la actividad del Estado en materia de políticas públicas se encuentre delimitado de tal modo que no incurra en una injerencia innecesaria o perjudicial en la familia, ni siquiera en mérito a un aparente estado de bienestar⁷².

Hoy más que nunca, debemos dejar claro que aquel “bienestar” perseguido por las políticas públicas de nuestro país no deben significar de ninguna manera la satisfacción de arbitrarias pretensiones individuales o el bienestar de los miembros de la familia como elementos aislados. Sólo entendiendo los verdaderos beneficios que trae consigo la familia – que no resultan ser beneficios sólo para sus miembros, sino también para la sociedad- se podrán elaborar políticas públicas efectivas. Es decir, dichas políticas no deben dirigirse solo a solucionar problemas concretos como el alto nivel de delincuencia existente o el alto índice de niños trabajadores, etc, sino que busque una política familiar como política de Estado que solucione de manera profunda los problemas mencionados.⁷³

En consecuencia, es menester entender que el vínculo jurídico existe para defender las recíprocas expectativas de los sujetos, no meras necesidades creadas o fundadas en el plano emocional. Tal confusión es producto de las ideas postmodernistas que invaden nuestro entorno⁷⁴, y bajo sus diversos fundamentos declara como válido lo que cada quien considera derecho (Tribunales, Cortes, Parlamentos, etc). En las últimas décadas, ésta concepción ha erosionado la mentalidad de la sociedad de una manera vertiginosa y su influencia en el fundamento de la ley ha conllevado a consecuencias devastadoras, al nacimiento de “nuevos derechos”, de los cuales, algunas tienen conexión directa con la Bioética: los hijos son un derecho⁷⁵, los animales tienen derechos, se puede

⁷⁰ FRANCO PATIÑO, Sandra Milena y SANCHEZ VINASCO, Gloria Inés. “Las familias, ¿Un asunto de políticas públicas?, Estado del arte de las políticas públicas de familia en Colombia 1960-2005”, *Revista Sociedad y Economía* N°14, Mayo, 2008, p. 3.

⁷¹ Cfr. GRANDE ARANA, Juan Ignacio y HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, “La Función del Derecho y del Estado sobre la Familia: Razón o Ideología”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 9, Mayo 2013, p. 68.

⁷² UNIVERSIDAD AUSTRAL. Bases para la Elaboración de las Políticas Familiares en Argentina. Argentina, Editorial del Congreso de la Nación, 2005, p. 19. [ubicado el 15.III.2014] Obtenido en http://web.austral.edu.ar/descargas/Bases_Politicas_Familiares_Argentina.pdf.

⁷³ *Ibid.* pp. 22-23. L

⁷⁴ GARZON VALLEJO, Iván Darío. “La Necesidad de una Nueva Fundamentación del Derecho”, *Revista Persona y Cultura*, Número 3, Año 3, p. 12. En ese sentido, señala: “La “Postmodernidad” es un fenómeno con un evidente trasfondo relativista y subjetivista, que prescinde del fundamento metafísico para la vida humana en general, y del cual a la desesperación y el sin sentido solo hay un paso”.

⁷⁵ El mal llamado “derecho al hijo” implica considerar al hijo como objeto de un deseo, sin considerarlo como otro ser humano con igual carga ontológica e igual dignidad, razón por la que merece ser tratado como tal y no como el medio para la satisfacción de un deseo. Al respecto MUGA GONZALES señala: “Ese hijo, no es otra cosa que una persona, a la cual por su misma condición únicamente le corresponde la categoría de sujeto de derecho. De esta manera, es posible afirmar que: el “derecho a procrear” entendido como un “derecho al hijo” no existe y menos aún, tomándolo como un “derecho a tener un hijo a toda costa”. Estas situaciones no pueden presentarse como verdaderos derechos de la persona. Afirmar lo contrario, sería decir que los derechos reproductivos facultan a la persona a exigirle un hijo a la sociedad, el cual debe lograrse de cualquier forma, con tal que se vea cristalizado el objetivo de ser padre. Si se

utilizar la información genética sin previa autorización, es posible esterilizar población vulnerable, es viable decidir sobre la propia muerte, etc.

La satisfacción de estos nuevos derechos implica desconocer la verdadera naturaleza humana, tal es el caso del llamado “derecho a ser padre” en que la tan natural relación paterno – filial se corrompe, basta con fijarnos en los procesos para lograr la reproducción con participación de terceros para comprobarlo. Es innegable que el reduccionismo de la persona llega al punto de considerar su valor en cuanto satisfaga la necesidad de otra persona. Dentro de los llamados “nuevos derechos” no podemos dejar de considerar los tan aclamados “derechos sexuales y reproductivos”⁷⁶, el mal llamado “derecho a abortar”⁷⁷. Incluso no sólo se “crean derechos”, se ha llegado al punto de desfigurar los ya conocidos, o al menos que se pensaban conocidos, como “el derecho a la no discriminación por sexo”, al tender a toda costa hacia una equiparación del hombre y la mujer, renunciando a aquello que por naturaleza los diferencia o la demanda del reconocimiento por un sector de la sociedad del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, como los casos expuestos, existen muchos otros⁷⁸.

Sin embargo, por un lado, bajo esta premisa no pueden implementarse políticas públicas que socaven la vida y dignidad del ser humano; intentando legitimar como derechos los deseos individualistas que soslayan claramente la vida, salud, dignidad y libertad, entre otros. Y de otro lado, es necesario acotar que ningún compromiso internacional obliga al Estado peruano a implementar políticas en ese sentido, las políticas públicas planteadas o por plantearse en nuestro país deben fundamentar sus preceptos generales en la ley natural, deben ser interpretados a la luz de las inclinaciones y los fines naturales del hombre, que en definitiva es la fuente común de la cual emanan tanto los derechos como las normas no positivas, ello supone que la interpretación jurídica no tiene como término último una regla racional (la ley natural) sino una realidad: la estructura dinámica y teleológica del ser humano.

3.2. Políticas públicas y su influencia en la protección de la familia peruana

malinterpretan, los derechos reproductivos facultarían al hombre a ejercer su sexualidad con cualquier otro hombre (varón o mujer), pasando a un plano secundario si procrean o no, pues es su decisión. Por lo que, no puede ser considerado como derecho aquello que va contra la misma naturaleza del hombre, en este caso en una doble vertiente: pues por un lado, promueve su unión sexual con otro que puede ser de su mismo género y por otro, porque pone como dato accesorio la finalidad del acto sexual: la generación de una nueva vida.” MUGA CONZALES, Rossana Esther. “El denominado “Derecho a Procrear” y la Dignidad de la Persona Humana como Presupuesto de todo Derecho.”, *Revista de Investigación Jurídica*, Vol. VI, 2013. p.5

⁷⁶ CICCONE, Lino. *Bioética. Historia, principio y cuestiones*, traducido por Antonio Esquivias, Madrid, Ediciones Palabra, 2005, p. 131. “Los derechos sexuales y reproductivos están encontrando un rápido y vasto consenso social: “Esto es un signo de que el contexto cultural ofrece un terreno de cultivo preexistente que las acoge favorablemente, y que recibe de ellas confirmación e incentivación en alguno de sus elementos. Por esto es útil conocer ese contexto para comprender mejor los significados más profundos de la aparición y difusión de” estos nuevos derecho, lo que toca tiene evidentes y serias repercusiones en las generaciones futuras en lo que concierne a sexualidad, procreación y familia, lo que comporta responsabilidades igualmente serias para nuestra generación; estos derechos le confieren al hombre en estos campos nuevos poderes, que hasta ayer mismo no cabía pensar”. Loc. Cit.

⁷⁷ Como resultado de estas nuevas ideologías, DURAN Y LALAGUNA señalan: “(...) de modo que una de las primeras aspiraciones del movimiento inicial será la legalización del aborto utilizando el argumento del derecho de la mujer a su propio cuerpo.” DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007, p. 20.

⁷⁸ TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Jesús. *La ideología de género*, Madrid, Manos Libres, 2009. pp. 15-17.

En general, los cambios y transformaciones sufridos por la familia a lo largo de su evolución han hecho que muchas de las funciones que le fueran delegadas por la sociedad y el Estado hayan dejado de ser exclusivas de la familia. Esta transformación de la familia se proyecta a la relación Familia-Sociedad-Estado, que ha ido diluyéndose hasta extinguirse ante el predominio de un Estado en relación con el individuo aislado⁷⁹. Si la ley sigue a la cultura, ¿eso quiere decir que todo “desarrollo social” deba ser incluido como objeto de políticas públicas? o aún ¿ser tomado como referente para la interpretación de los derechos básicos del ser humano y de la sociedad? El camino que empezamos a recorrer es arriesgado.

A pesar de la perspectiva protectora de la familia que nuestra legislación contempla, llama la atención el Decimoséptimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo elaborado a diciembre del año 2013. Del acotado documento, con respecto a la protección de la familia, la Defensoría del Pueblo ha reiterado la necesidad de modificar el marco normativo para fortalecer la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes, hace especial mención sobre el Proyecto de Ley N° 495-2011-CR⁸⁰, formulado por la Comisión de la Mujer y Familia, que propone un nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, ya que se deben garantizar a los y las adolescentes el acceso a información, orientación y servicios respectivos en materia de salud sexual reproductiva.

Parece ser que el trasfondo de estas políticas públicas es otorgar plena autonomía al adolescente con respecto al libre ejercicio de su sexualidad, al punto de incentivar el uso de métodos anticonceptivos, con la total exclusión de la intervención o consentimiento de sus padres, posición que vulnera claramente el mandato constitucional y trastoca profundamente a la familia.⁸¹

3.2.1.2. Reproducción Asistida

La Ley General, Ley 26.842 indica en su Artículo 7 señala que:

“Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Como vemos, el artículo citado reconoce el derecho a recibir tratamientos por infertilidad y el derecho a la procreación.

Para ello no es condición indispensable para recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, TERAS) el haber seguido sin éxito un tratamiento de infertilidad, sino que se puede llegar a ellas directamente, prohíbe la maternidad subrogada, por otro lado, de la redacción del artículo acotado, se puede apreciar que se estaría limitando las técnicas de reproducción en mujeres solteras, pues el consentimiento debe ser de ambos padres.

⁷⁹Cfr. POLAKIEWICZ, Marta. “La infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos. El papel del Estado” en *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y realidad*, 1era edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988, p. 78.

⁸⁰ Revisar nota al pie N° 220

⁸¹ Revisar nota al pie N° 87, 85 y 135

En el Perú se cuenta también con la Norma Técnica de Planificación Familiar⁸², el que tiene como objetivo general establecer los procedimientos para lograr un manejo estándar, efectivo y eficaz de las actividades de planificación familiar por parte del personal de salud, contribuyendo a que la población peruana alcance sus ideales reproductivos⁸³, basados en el aparente respeto irrestricto de sus derechos, promoviendo la equidad de género y elevando la calidad de vida de usuarios y su familia.

3.2.1.3. Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65”

En ese marco, el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65⁸⁴ fue creado como un órgano, actualmente adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social⁸⁵ destinado a otorgar subvenciones económicas a las personas con una edad mínima de 65 años de edad, en condición de extrema pobreza y que cumplan determinados requisitos⁸⁶.

A pesar de las dificultades que actualmente presenta en su ejecución⁸⁷, este programa va de la mano con lo establecido en el Art. 4 de nuestra Constitución, ya que es un principio básico del Estado la protección del anciano en situación de abandono.

Esta política se complementa además con el lineamiento político del Plan Nacional Fortalecimiento de Familias en cuanto cumple con el objetivo de generar las condiciones para la satisfacción de las necesidades básicas en la familia.

⁸² Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, publicada en el diario oficial El Peruano del 18 de julio de 2005, prescribe que toda persona tiene derecho a:

- “Disfrutar del más alto nivel posible de salud física, mental y social que le permitan disfrutar de su sexualidad.
- A decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.
- Tener acceso, en condiciones de igualdad, sin discriminación por edad, opción sexual, estado civil entre otros, a los servicios de atención que incluyan la Salud Reproductiva y Planificación Familiar.
- Tener acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos para poder realizar una elección libre y voluntaria.
- Tener acceso a servicios de calidad en salud sexual y reproductiva.
- A que las instituciones de salud, velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención.
- A ser atendidos en Salud Reproductiva sin ningún tipo de coacción”.

⁸³ Sobre el derecho a procrear, MUGA GONZALES y VASALLO CRUZ agregan: “En el caso del “derecho a procrear” lo que se pretende exigir como deber de justicia, es el hijo. Pero ese hijo, no es otra cosa que una persona, a la cual por su misma condición únicamente le corresponde la categoría de sujeto de derecho, no de un simple objeto a conseguir para satisfacer un deseo (el deseo del hijo) como se pretende. De esta manera, es posible afirmar que: el “derecho a procrear” entendido como un “derecho al hijo” no existe y menos aún, tomándolo como un “derecho a tener un hijo a toda costa”. Estas situaciones no pueden presentarse como verdaderos derechos de la persona.” MUGA GONZALES, Rossana Esther y VASALLO CRUZ, Kathya Lisseth. *Nuevos derechos y exigencias para el derecho de familia en el Perú.*, Tesis para optar el grado de Magister, Lambayeque, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012, p.216.

⁸⁴ Mediante el Decreto Supremo N° 081-2011PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de octubre de 2011.

⁸⁵ De acuerdo a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29792 - Ley de creación, organización y funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de octubre de 2011.

⁸⁶ Los requisitos han sido previstos en el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, modificado por los Decretos Supremos N° 001-2012 MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 2012, N° 006-2012 MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 06 de mayo de 2012 y N° 15-2012MIDIS publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2012.

⁸⁷ Entre ellas podemos mencionar: a) Filtraciones al programa de personas que no cumplen con la condición de extrema pobreza, b) Prolongado tiempo de duración del procedimiento de afiliación de las personas que no cuentan con clasificación socioeconómica – ya que la persona debe estar incluida en el Padrón General de Hogares, c) Ubicación de los lugares de pago, sobre todo respecto de aquellos que viven en centros poblados de difícil acceso.

3.2.1.4. Derecho a la propiedad comunal

Como ya lo indicamos en el Capítulo II, la propiedad es un derecho fundamental, el cual permite un estado de bienestar no sólo al titular de ella, sino también a la familia de la cual forma parte.

En ese sentido, no debemos olvidar la titulación de tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas, quienes además también son una población vulnerable. Así, es importante resaltar que el 25 de enero de 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2013-MINAG, que designó como ente rector de la Política Nacional Agraria al Ministerio de Agricultura y Riego, entidad que a partir de la vigencia de la norma tiene a su cargo definir los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos y estándares nacionales de cumplimiento en materia de propiedad agraria, incluyendo el saneamiento físico legal de las comunidades campesinas y nativas. Posteriormente, en junio de 2013 se publicó la Ley N° 30048⁸⁸, que encarga al Sector Agricultura la función específica de dictar normas y lineamientos técnicos en materia de saneamiento físico legal y formalización de la propiedad agraria, comprendiendo las tierras de las comunidades campesinas y nativas⁸⁹.

3.2.2 Conciliación familiar y laboral:

Antes de la inserción de la mujer en el mundo laboral hubiera sido impensable la búsqueda de una conciliación entre la vida laboral y familiar, históricamente, el trabajo femenino se caracterizó por su reducido desempeño, especialmente destinado a labores domésticas y agrícolas. La revolución industrial determinó una significativa incorporación de la mujer en el campo del trabajo aunque en términos de desigualdad respecto de los hombres, esa situación de la mujer en el mundo laboral determinó su especial atención y protección por parte de la legislación.

La finalidad de las denominadas “políticas de conciliación” es la de garantizar el derecho de la madre y el padre a acceder al empleo y permanecer en él, sin que la situación familiar sea un elemento discriminatorio. Se trata de proteger el derecho de todos los miembros de la familia a la convivencia diaria sin tener que renunciar a la misma por exceso de trabajo de uno o ambos progenitores⁹⁰.

En ese sentido, es necesario determinar si la regulación jurídica existente protege a la mujer trabajadora teniendo en cuenta el principio básico de no discriminación y de igualdad de oportunidades, reconociendo siempre lo que la diferencia del sexo masculino⁹¹. No reconocer las diferencias entre sexos, hace que las jornadas laborales y los puestos de trabajo sigan diseñados según los conceptos de competitividad, dedicación y éxito masculinos⁹², lo que a la larga desanima

⁸⁸ Esta norma modificó el Decreto Legislativo N° 997 que, a su vez, aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura.

⁸⁹ Según lo establece el artículo 6º, numeral 6.1.11 de la Ley N° 30048, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2013.

⁹⁰ AÑON ROIG, María José. “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Sociologa del Diritto*, 2008, p.20, [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://app.vlex.com/#/vid/349237538>.

⁹¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 103: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.” [ubicado el 15.V 2014]. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>.

⁹² En ese sentido, PACHECO ZERGA señala: “La cuestión medular se encuentra en reconocer que las diferencias entre los sexos no se encuentran en el plano accidental sino, más bien, en el ontológico o natural, porque se fundamentan en la

a muchas mujeres y provoca que las que tienen medios económicos prefieran dejar de trabajar o del otro lado, obligar a la renuncia de la maternidad, provocando problemas de familia a aquellas que carecen de los medios económicos necesarios para dejar de trabajar.

3.2.3. Servicios y Políticas Públicas en materia de Conciliación Laboral

Las políticas de conciliación se traducen en prestación de servicios y políticas públicas, tales como:

3.2.3.1 Servicios (Guarderías y Lactarios)

- El Perú ha dispuesto mediante la **Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI**⁹³ las “Normas sobre Organización y Funcionamiento de las cunas de educación inicial
- Mediante el **Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES**⁹⁴, se “Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en las Entidades de la Administración Pública” en cuyas sedes laboren o presten servicios más de 50 mujeres en edad fértil o donde los trabajadores requieran del servicio de cuidado diurno para sus hijos, en un número no menor de 16 niños o niñas.
- La Ley de Fortalecimiento de la Familia **Ley N° 28542**⁹⁵ tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros. En su art. 2 señala dentro de las políticas y acciones para su cumplimiento: n) promover el establecimiento de servicios de cuidado infantil en los centros laborales públicos y privados, es por ello que, respecto de la promoción de la lactancia materna, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la **Ley N° 29896**⁹⁶, que “Establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna” siempre que en las instituciones públicas o privadas laboren veinte o más mujeres en edad fértil.

Debe entenderse el término lactario como un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando su adecuada conservación⁹⁷.

Las condiciones que deben cumplir los lactarios se rigen además, por lo dispuesto en el **Decreto Supremo 009-2006-MIMDES**⁹⁸, por el que se dispone la implementación de

función natural de maternidad y paternidad que corresponde a cada sexo. PACHECO ZERGA, Luz. “La Conciliación de la Vida Familiar con la Profesional”, *La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XXI, Jornadas Internacionales de Derecho de Familia*, Editora USAT, octubre 2007, p 62.

⁹³ Directiva N° 073-2006-DINEBR-DEI. Normas Sobre Organización y Funcionamiento de las Cunas de Educación Inicial. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo de la directiva se puede encontrar en <http://www.minedu.gob.pe/normatividad/directivas/dir073-2006-DINEBR-DEI.pdf>.

⁹⁴ Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES. Dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en las Entidades de la Administración Pública. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decreto/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MIMDES\(implem.%20de%20Wawa%20Wasi%20\).pdf](http://dgffs.minag.gob.pe/pdf/normatividad/2007/decreto/DS.%20N%C2%BA%20002-2007-MIMDES(implem.%20de%20Wawa%20Wasi%20).pdf).

⁹⁵ Ley N° 28542. Ley de Fortalecimiento de la familia. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leves/28542.pdf>.

⁹⁶ Ley N° 29896: Establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y privado promoviendo la lactancia materna. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leves/29896.pdf>.

⁹⁷ Entre los principales objetivos de esta normativa está la de establecer mecanismos que permitan la promoción de la lactancia materna en las instituciones del sector público, lo que permitirá mejorar los indicadores de alimentación y nutrición infantil de niños y niñas a nivel nacional y mejorar la calidad de vida de la primera infancia.

lactarios en instituciones del sector público donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil⁹⁹.

3.2.3.2 Políticas

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con políticas públicas de fortalecimiento a la familia a fin de que todos sus integrantes puedan ejercer sus derechos y cumplir adecuadamente sus responsabilidades familiares. Actualmente, contamos con la siguiente normativa de políticas laborales flexibles, desde permisos, licencias, horarios flexibles, entre otros:

- **Ley N° 28983**¹⁰⁰ “Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres”, establece en el inc. f) del artículo 6°: *“Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.”*
- **Ley N° 26772**¹⁰¹ “Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”
Entendiendo por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.
- **Ley N° 27270**¹⁰² “Ley contra actos de discriminación” que establece que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.

⁹⁸ Decreto Supremo 009-2006-MIMDES: Dispone la implementación de lactarios en instituciones del sector público donde laboren veinte o más mujeres en edad fértil. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_009_2006_MINDES.pdf.

⁹⁹ Empresas privadas con Lactarios Implementados: ARIN S.A., SODIMAC, PRODUCTOS ROCHE Q.F.S.A CONSORCIO TREN ELECTRICO, SUPERMERCADOS PERUANOS S.A., EMPRESA DE TRANSPORTES EL PINO, TEXTILES CAMONES, BANCO DE COMERCIO, MOTA-ENGEL PERU, ASOCIACIÓN PERUANA JAPONESA, YOBEL S.C.M, ASOCIACIÓN FERREYROS S.A., PRODUCTOS PARAISO S.A.C., UNIMAQ.

Empresas públicas con Lactarios Implementados: MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA, OFICINA DE NORMALIZACION PROVISIONAL ONP, HOSPITAL NACIONAL DOCENTE SAN BARTOLOMÉ, MINISTERIO DE EDUCACION.

¹⁰⁰ Ley N° 28983: Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.minedu.gob.pe/files/2083_201202211120.pdf.

¹⁰¹ Ley N° 26772: Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/26772.htm>.

¹⁰² Ley N° 27270: Ley contra actos de discriminación. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2027270.pdf>.

De la misma forma, entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

- **Ley N° 26644¹⁰³ y Decreto Supremo N° 005-2011-TR¹⁰⁴** “Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante” y establece la licencia por maternidad de 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal respectivamente.

El artículo único de la **Ley N° 27606¹⁰⁵** añadió que el descanso postnatal se extenderá por 30 días adicionales en caso de nacimientos múltiples.

- **Ley N° 28308¹⁰⁶ y Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG¹⁰⁷** regula el Uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú bajo las mismas condiciones.
- **Ley N° 27409¹⁰⁸** “Ley que otorga licencia laboral por adopción” que establece que cuando un padre trabajador adopta, sólo tiene derecho a una licencia posnatal por 30 días naturales, conforme a la Ley N° 27409, sin embargo, cuando los adoptantes son cónyuges la licencia será tomada por la mujer.
- **Ley N° 29409¹⁰⁹ y DECRETO SUPREMO N° 014-2010-TR¹¹⁰** “Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la Actividad Pública y Privada” que establece que los padres trabajadores de la actividad privada y pública, incluidos los que forman parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, gozan del derecho a una licencia remunerada por paternidad de 4 días en caso de alumbramiento de la cónyuge o conviviente.

¹⁰³ Ley N° 26644: Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la Trabajadora Gestante. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en

<http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/Ley%20No.%2026644%2027-06-96.pdf>.

¹⁰⁴ Decreto Supremo N° 005-2011-TR: Decreto Supremo que Reglamenta la Ley N° 26644. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2011-05-17_005-2011-TR_1470.pdf.

¹⁰⁵ Ley N° 27606: Ley que modifica la Ley N° 26644, estableciendo la extensión del Descanso Postnatal en los casos de nacimiento múltiple. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2001/L27606-2001.pdf>.

¹⁰⁶ Ley N° 28308: Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.defensaidl.org.pe/leg_peru/defensa/04/03/03.pdf.

¹⁰⁷ Decreto Supremo N° 001-2005-DE/SG: Aprueba el Reglamento de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/\\$FILE/NL20050127.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/9e90a7d61e51a8e705257917005dbd09/$FILE/NL20050127.pdf).

¹⁰⁸ Ley N° 27409: Ley que otorga licencia laboral por adopción. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2001-01-25_27409_749.pdf.

¹⁰⁹ Ley N° 29409: Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la Actividad Pública y Privada. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29409.pdf>.

¹¹⁰ Decreto Supremo N° 014-2010-TR: Reglamento de la Ley N° 29409. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.inpe.gob.pe/pdf/asistencias/D.Supremo.014-2010-TR.pdf>.

- **Decreto Supremo N° 065-2011-PCM¹¹¹** que adiciona el artículo 8-A al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. En el numeral 8-A.2 reconoce que el trabajador sujeto al Régimen CAS también tiene derecho a la licencia por paternidad.
- **Decreto Supremo N° 005-90-PCM¹¹²** que regula el Decreto Legislativo N° 276 y otorga licencia por gravedad (90 días), fallecimiento del cónyuge, hijos o hermanos (5 días, pudiendo extender 3 días más), con goce de remuneración; así como, licencia por matrimonio o enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos a cuenta del periodo vacacional (límite de 30 días).
- **Ley 27240¹¹³** “Ley que otorga permiso por Lactancia materna” y modificatorias que regula el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga un año de edad, en caso de parto múltiple la hora de lactancia se incrementa una hora más al día, que puede ser fraccionado en 2 tiempos iguales durante la jornada laboral, las que no son materia de descuento.
- Con respecto a la Seguridad y Salud en el Trabajo, contamos con la **Ley N° 28048¹¹⁴** y el **Decreto Supremo N° 009-2004-TR¹¹⁵** “Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto”, el cual establece que en los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitaran al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante.
- **Ley N° 23284¹¹⁶** “Ley de Unidad Familiar” Todos los servidores públicos, cuyos cónyuges residan en lugar distinto, tendrán prioridad en su traslado por reasignación o cambio de colocación al lugar de residencia de éstos¹¹⁷.
- **Ley N° 27986** y el **Decreto Supremo N° 015-2003-TR** “Ley de los Trabajadores del Hogar”, Entre los aspectos más problemáticos de la regulación actual se encuentra la ausencia del reconocimiento del derecho a una remuneración mínima vital. Se contempla la posibilidad de que el contrato de trabajo se celebre de forma verbal o escrito, lo que genera una serie de dificultades para probar la relación laboral, además, existen diferencias

¹¹¹ Decreto Supremo N° 065-2011-PCM: Decreto Supremo que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DS%20065-2011-PCM.pdf>.

¹¹² Decreto Supremo N° 005-90-PCM: Regula el Decreto Legislativo N° 276 [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.unsa.edu.pe/control_interno/docs/1_normaslegales/ds_005_90.htm.

¹¹³ Ley 27240: Ley que otorga permiso por Lactancia materna [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/prodlab/Ley%2027240%2023-12-99.pdf>.

¹¹⁴ Ley N° 28048: Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2028048.pdf>.

¹¹⁵ Decreto Supremo N° 009-2004-TR: Norma que reglamenta la Ley N° 28048. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/sst/DS_009_2004_TR.pdf.

¹¹⁶ Ley N° 23284: Ley de Unidad Familiar. [ubicado el 15.V 2014]. El texto completo se puede encontrar en <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/Ley%2023284.pdf>

¹¹⁷ Respecto al Derecho al Trabajo y la Unidad Familiar, EL Tribunal Constitucional en la STC. del Expediente N° 02904-2011-PA/TC señaló que se lesiona el derecho a la unidad familiar si el empleador ordena el traslado del trabajador a región distinta donde domicilian familiares discapacitados (interdictos, incapaces absolutos) a quienes asiste (curatela). Obviar el estado de abandono en el que estos quedarían desconoce la especial protección que la Constitución les reconoce y el mandato judicial de la curatela.

significativas entre este régimen especial de la Ley N° 27986 y el régimen laboral común aplicable al régimen laboral de la actividad privada.

IV. CONCLUSIONES.

1. La familia no es una creación del derecho ni de la ley, que sólo la regulan, es obra de la naturaleza humana y se rige a fin de satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social.
2. La tarea más destacada del Estado es la de posibilitar a las familias que constituyan la comunidad estatal, el cumplimiento de las tareas que le son propias por naturaleza.
3. En el ordenamiento jurídico peruano se reconocen ciertos principios relativos a la familia: El principio de protección de la familia y el matrimonio, el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho, el principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad y el principio de igualdad de los hijos frente a sus padres. Bajo esta perspectiva, si bien nuestra legislación promueve el matrimonio, con el afán de no ser ajeno al contexto social y a los fenómenos que en el mismo se producen, considera como punto de partida necesario y urgente la protección a todas las formas de familias, aun cuando las mismas no tengan como base al matrimonio, pero siempre que compartan elementos constitutivos esenciales.
4. Como bien sabemos, las políticas públicas son resultado del momento histórico que vive cada sociedad y los procesos derivados de su entorno sociocultural, político, ambiental y económico; como también, de los cambios y transformaciones que éstas generan. Sin embargo, la misión del Estado es coordinar subsidiariamente –no reemplazar- la actividad libre de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad. En general, los cambios y transformaciones sufridos por la familia a lo largo de su evolución han hecho que muchas de las funciones que le fueran delegadas por la sociedad y el Estado hayan dejado de ser exclusivas de la familia. Esta transformación de la familia se proyecta a la relación Familia-Sociedad-Estado, que ha ido diluyéndose hasta extinguirse ante el predominio de un Estado en relación con el individuo aislado.